



Roj: **SAN 3430/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3430**

Id Cendoj: **28079230062014100433**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/07/2014**

Nº de Recurso: **458/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **VSL SPAM S.A.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. Esperanza Azpeitia Calvín, siendo asistida por el letrado Sr. D. Florentino Vivancos Gasset, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada DYWIDAG, representada por el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares Perlado, y asistida por el letrado Sr. D. Oriol Armengol, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012**, relativa a sanción, y la cuantía del presente recurso 384.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por la actora en fecha 5 de octubre de 2.012, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. María Esperanza Azpeitia Calvín, frente a la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012, que impone a la actora la sanción de multa de 384.000 euros.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando la anulación de la resolución impugnada, o la reducción de la cuantía de la multa en los términos solicitados.

Dentro de plazo legal la Administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y solicitando la confirmación de la resolución impugnada.

TERCERO : Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 10 de diciembre de 2.013. Dicho señalamiento quedó sin efecto, al objeto de que se resolviese conjuntamente con otros recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la misma resolución impugnada, procediendo al nuevo señalamiento para el día 8 de julio de 2.014 una vez que alcanzaron el mismo estado procesal.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012, que impone a la actora la sanción de multa de 384.000 euros por infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia.



La Resolución impugnada determina en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

Primero.- Declarar la existencia de conducta colusoria consistente en una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE , por los acuerdos adoptados e implementados por Dywidag Sistemas Constructivos, S.A., Mekano4, S.A., Freyssinet, S.A., VSL-SPAM, S.A., CTT Stronghold, S.A., BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S.L. y Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L., a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas desde al menos 1996 hasta 2010, que entran en la definición de cártel, tal y como se ha razonado en el FD sexto, y por tanto esta conducta colusoria se califica, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC .

Segundo.- Como autores de esta infracción responden, como responsables de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC :..

7.- VSL-SPAM S.A, a la que se le impone una sanción de 384.000 € (TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL EUROS)...."

SEGUNDO.- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, aceptándose los expuestos en la resolución impugnada, al margen de lo que exponamos en ulteriores fundamentos de derecho, en virtud de la información facilitada por la solicitante de exención, la documentación recabada en las inspecciones de 17 de junio de 2010 en Freyssinet, CTT, VSL-Spam y Mekano4, así como en las contestaciones a los requerimientos de información de la DI a las empresas incoadas y a determinadas constructoras clientes de las anteriores, potencialmente perjudicadas por las prácticas investigadas en este expediente:

1.- En virtud de la solicitud de exención formulada por la entidad DSC y la documentación aportada la Dirección de Investigación practicó en fecha 17 de junio de 2.010 inspecciones en las sedes de Madrid y Barcelona de las empresas Mekano 4, freyssinet, VSL-SPAM y CTT.

2.-En fecha 26 de julio de 2.010 se incoa expediente sancionador contra la recurrente y otras empresas y posteriormente se incorpora la documentación obrante en la información recabada en las inspecciones practicadas.

3.- En fecha 22 de febrero de 2.011 se recaba información a las empresas sobre su estructura de propiedad y control, entre otros datos.

4.- El pliego de concreción de hechos se notifica el 23 de agosto de 2.011. La actora hizo alegaciones en fecha 28.9.2011. La instrucción se cierra el 29.11.2011.

5.- En fecha 5.12.2011 se dicta propuesta de resolución frente a la que la actora formuló sus alegaciones en fecha 9 de enero de 2.012.

6.- En fecha 6.6.2012 se remitió información a la Comisión europea. El 18 de junio de 2.012 el Consejo solicitó a las partes información adicional sobre su volumen de negocios. En fecha 2 de agosto de 2.012 se dicta la resolución impugnada.

La CNC imputa a la actora los siguientes hechos:

iii. Un reparto de clientes en productos de geotecnia desde 1999 hasta el 17 de abril de 2008, entre VSL-Spam, Mekano4 y DSC. No obstante, posteriormente a esta fecha, DSC y Mekano4 han mantenido, hasta la salida de los consejeros de Mekano4 del Consejo de administración de DSC en octubre de 2009 una política de no agresión en relación con determinados clientes derivado de los estrechos vínculos existentes entre estas empresas..

Al analizar la operativa de las prácticas objeto de estudio en este expediente, podemos destacar como pautas de comportamiento el reparto del mercado a través de unas cuotas preestablecidas, en función del tamaño de las diferentes empresas participantes en el cártel.

Los contactos entre las empresas incoadas se llevaban a cabo principalmente a través del intercambio de correos electrónicos y conversaciones telefónicas y sólo en el cártel de postensado a través de reuniones formalizadas e institucionalizadas.

En todo caso, las comunicaciones llevadas a cabo por las empresas participantes en el cártel se enmascaraban bajo nomenclatura en clave, que facilitaba la ocultación de las actividades del cártel...

De acuerdo con información aportada por DSC, ante la creciente actividad de las autoridades de competencia en otros sectores y el temor de que se pudieran practicar inspecciones en las sedes de los participantes, se comentó en alguna reunión a principios de 2008, la necesidad de extremar precauciones en relación con la frecuencia de



las comunicaciones y la conservación de documentos, sugiriéndose que los documentos relacionados con el cártel no se conservara en la sede de las empresas...

Los contactos entre las empresas del cártel eran coordinados por lo que las empresas denominaban "Pilotos", función ejercida de manera periódicamente rotatoria por las empresas del cártel, estando encargado el "Piloto" tanto del intercambio de información como de la actualización y del cumplimiento de los acuerdos adoptados en el seno del cártel.

En estos contactos se señalaban las nuevas obras o clientes que se iban a incorporar al reparto por las empresas del cártel. El "Piloto" una vez recabada la información necesaria para el reparto del mercado tanto de postensado como de geotecnia, actualizaba, preparaba y distribuía las tablas que iban a ser repartidas. En función de esta información, las empresas valoraban la implementación y control de los acuerdos alcanzados, así como la forma de ajustar los mismos al reparto de cuotas establecido, en función de la cuota asignada a cada empresa del cártel y en caso de desfases, se llevaban a cabo compensaciones bien de carácter dinerario (en el caso del mercado de geotecnia), bien a través de la cesión de obras (en el caso del mercado de postensado), con el fin de restablecer el statu quo de las cuotas asignadas entre las empresas participantes en el cártel..."

Respecto de la actividad de geotecnia, se afirma en la Resolución impugnada:

"De acuerdo con información aportada por el solicitante de exención, determinadas empresas participantes en el cártel de postensado también presentes en geotecnia, en concreto, DSC, Mekano4 y VSL-Spam364, decidieron en 1999 ampliar las prácticas colusorias a dicho ámbito, de forma similar a lo que se venía haciendo en postensado. La operativa del cártel en el ámbito de geotecnia es similar a la de postensado, existiendo también la figura del piloto y celebrándose reuniones, aunque en este supuesto el mecanismo de estabilización de las cuotas de mercado consistía en un reparto de clientes y no en un reparto de contratos u obras, dado que como ha señalado VSL-Spam en contestación al requerimiento de información realizados por esta DI, en el campo de la geotecnia no se trabaja en relación a proyectos concretos sino en relación a clientes. Las ventas de sistemas geotécnicos no se hacen sobre la base del proyecto e incluyendo el mantenimiento, sino como pedidos para los equipos, es decir, consiste en el suministro de barras y/o anclajes utilizados en obras de construcción, pero no incluye su instalación. Los clientes son, en su mayoría, subcontratistas especializados en cimentación que trabajan para empresas constructoras. Por ello, si un contratista contactaba con una de las empresas participantes en estas prácticas en el ámbito de sistemas geotécnicos distinta a la que el cártel había pactado que realizase la venta, dicha empresa solicitaba a la empresa asignada el precio (más alto) que debía ofrecer para asegurar que no resultaba adjudicataria del contrato. De la misma forma que en relación con los sistemas de postensado, ello no siempre era suficiente para evitar que se adjudicase el contrato a la empresa "equivocada".

El cártel en este ámbito de la geotecnia consistía en el reparto de clientes entre DSC, Mekano4 y VSL-Spam, con el objeto de mantener constante la cuota asignada a cada uno, tanto en barras como en anclajes. La cuota para barras era del 50% para DSC, del 27%, para Mekano4 y del 23% para VSL-Spam y la cuota para anclajes era del 48% para VSL-Spam, del 32% para DSC y del 20% para Mekano4, como se consignaban en los listados de reparto de clientes de barras y anclajes367.

Para ello, DSC, Mekano4 y VSL-Spam compartían información sobre sus ventas con el organizador o "piloto" del cártel, en este supuesto, DSC, que recibía esta información por vía telefónica o por correo electrónico. El piloto preparaba un listado de los clientes y las ventas de cada empresa, denominado "ranking" o "piloto" -uno para pedidos de barra y otro para anclajes-, que se distribuía entre las empresas del cártel, para fijar entre las citadas empresas la cuota de reparto de clientes.

En los listados se reflejaban los clientes y el tipo de material requerido por cada uno, hasta completar la cuota de cada empresa del cártel. El importe y las características del pedido (longitud y peso) se incluían directamente en la columna correspondiente a la empresa a la que le tocaba suministrar a dicho cliente...

El piloto también convocaba las reuniones del cártel, en las que DSC, Mekano4 y VSL-Spam ajustaban las ventas en el mercado a las cuotas de mercado fijadas por el cártel, repartiéndose los clientes entre dichas empresas. En el supuesto que una de estas empresas hubiera obtenido más ventas de las que le correspondía en función de la cuota de mercado atribuida por el cártel, se realizaban los correspondientes ajustes: si las ventas eran menores que la cuota se le asignaban más pedidos de clientes y si, por el contrario, las ventas eran mayores que la cuota asignada por el cártel, esa empresa debía ceder clientes a otra de las empresas del cártel hasta reajustar su cuota.

La primera reunión de la que tiene constancia esta DI en la que se alcanzaran acuerdos en el ámbito de la geotecnia es la celebrada en Barcelona el 12 de julio de 1999, a la que acuden al menos representantes de Mekano4 y DSC, y en el que se adoptaron acuerdos partiendo de un cuadro que refleja el reparto de cuotas de



1998 para anclajes de cables, tal y como señala la siguiente nota relativa a dicha reunión, en la que aparece en anotaciones manuscritas la propuesta de reparto entre DSC, Mekano4 y VSL-Spam...

En la reunión del cártel celebrada el 17 de abril de 2008 en el Hotel Sants en Barcelona se da por finalizada toda relación con VSL-Spam, aunque DSC y Mekano4 mantuvieron hasta la salida de los consejeros de Mekano4 del Consejo de Administración de DSC en octubre de 2009 una política de no agresión en relación con determinados clientes de geotecnia, según manifiesta DSC en su solicitud de exención, constando la remisión de tablas de reparto entre DSC y Mekano4 hasta junio de 2008."

Dicho acuerdo en el ámbito de la geotecnia, que constituye las técnicas de estudio del comportamiento de los suelos, incluía a tres empresas que suponen una cuota del 90% del mercado, imputándose a la actora un período de participación entre 1999 y abril de 2.008 y una cuota de mercado aproximada del 23%.

TERCERO.- Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto ha quedado acreditada la participación de la actora, teniendo en cuenta que los documentos de la solicitud de clemencia se han visto corroborados por lo que resulta de la restante documental a la que hemos hecho referencia, de modo que aquella, que dio origen a la información reservada, no constituye, por sí sola, la prueba única de la participación de la actora, más allá de los móviles perseguidos por el denunciante, respetándose así la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (St de 16.6.2011, asunto Heincken).

Existe, por tanto, indicios suficientes de la comisión de la infracción y participación de la recurrente, como los correos electrónicos de fecha 30.5.2007, folio 2115, 9.5.2007 (folio 2117), 17.1.2008 (folio 8719), 14.7.2006 (folio 8983), 25.7.2006 (folio 9000), entre otros, participando por parte de la recurrente Manuel e Melchor , como remitentes o destinatarios con Norberto , perteneciente a otra empresa y que aparecía como Piloto. Aunque lo cierto es que la base esencial de la imputación lo constituyen notas manuscritas halladas en las inspecciones de las diferentes empresas (folios 2142,2143, 2157, 2158, 2188, 2189, 2820 a 2823, entre otras), facturas como la remitida por VSL (folio 2152), que revelan el reparto de los clientes entre las distintas empresas, entre las que se encuentra la recurrente, cobrando entonces relevancia, las documentos que derivan de dicha declaración de clemencia, ya como verdadera prueba indiciaria, añadida a la anterior, debiéndose recordar que la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 , 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999 , entre otras. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, conforme exige la LEC 1/2000 (art.386.1), y ello concurre en el presente caso.

Por consiguiente no se trataba sólo de intercambiar información o "benchmarking" sobre facturación pasada en el mercado de la geotecnia, como indica la actora, fuere falsa o no, sino de tomar acuerdos para repartirse el mercado o los clientes. También lo es que no hubiese muchas reuniones, precisamente porque los miembros del cártel de la geotecnia sólo fueren 3. Los documentos antes citados, valorados en su conjunto son, por tanto, prueba suficiente y tienen capacidad enervante de la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE). Por otro lado, de la resolución impugnada no se deduce la inidoneidad de la conducta para afectar al mercado, además de que la conducta de reparto de los clientes es de por sí anticompetitiva por su objeto, y conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión europea es irrelevante sus efectos sobre el mercado, o el cierre del mismo, o que la recurrente no haya obtenido un beneficio ilícito (STJUE de 13-12-12, asunto 226/11 ; 20-11-08, asunto C-209/07 y 4-6-09, asunto C- 8/2008 , que recoge la STS 19-3-14 Rº 1216/2011).

CUARTO.- La actora sólo alude a la cuestión de su falta de participación en el cártel imputado, por lo que por tal motivo, no procede el examen sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta que no plantea la recurrente.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente confirmándose la resolución impugnada en lo que constituye objeto de este recurso contencioso- administrativo.

QUINTO.- Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse desestimado el recurso contencioso-administrativo procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS



La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

1º.- DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por **VSL SPAM S.A**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. María Esperanza Azpeitia Calvín, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012** , y en consecuencia, confirmamos en el objeto de este recurso.

2º.- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas procesales .

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario, por lo que resulta firme, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDU